

DISCURSO DEL ODO Y MINORÍAS: REDEFINIENDO LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN*

HATE SPEECH AND MINORITIES: REDEFINING FREE SPEECH

Jorge Correcher Mira

Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal

Universitat de València

RESUMEN

El presente trabajo parte de la redefinición experimentada por la libertad de expresión y sus límites formales e informales en el contexto de hiperexposición propio de la revolución digital. Además de analizar esta realidad, el texto considera determinadas prácticas derivadas de la utilización de las redes sociales como herramienta para la acción política, como se verá respecto de la cultura de la cancelación, así como la restricción informal del derecho a la libre expresión de ideas que podría derivarse de este escenario. Asimismo, el artículo se centra en el tratamiento penal del discurso del odio y en los problemas que su penalización representa desde la perspectiva de la libre expresión, punto en el que se examina su instrumentalización como consecuencia de la pérdida de la protección de las minorías y los colectivos vulnerables como criterio interpretativo.

PALABRAS CLAVE

Discurso del odio, libertad de expresión, cultura de la cancelación, efecto desaliento, efecto silenciador, colectivo vulnerable.

ABSTRACT

The starting point of this paper consist in the redefinition of free speech, as well as its formal and informal limitations, in the context of hyperexposure consequence of the digital revolution. With this purpose, in addition to the description of this reality, some practices derived from the use of social network as a political strategy will be considered. For example, the so-called cancel culture, taking into account the informal restriction to free speech created by this scenario. Likewise, this article also analyses the hate speech legal framework, and the issues that its criminalization supposes from the free speech protection, considering its trivialisation as a consequence of ignoring minorities and vulnerable groups protection as its guiding criteria.

KEY WORDS

Hate speech, free speech, cancel culture, chilling effect, silencing effect, vulnerable group.

DOI: doi.org/10.36151/td.2020.016

* El presente trabajo se enmarca en los proyectos de investigación DER 2017-86336-R (IP: Lucía Martínez Garay) y RTI 2018-095424-B-I00 (IP: Ricardo Juan Sánchez).

DISCURSO DEL ODIO Y MINORÍAS: REDEFINIENDO LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Jorge Correcher Mira

Profesor Ayudante Doctor de Derecho penal
Universitat de València

Sumario: 1. Notas preliminares. 1.1. Autocensura y *cancel culture*: una nueva gramática en materia de libre expresión. 1.2. La hiperexposición en redes sociales como forma de vigilancia. 2. El discurso del odio: entre la criminalización de los *delitos de opinión* y la protección de minorías. 2.1. Delimitación conceptual. 2.2. La protección de colectivos vulnerables como razón de ser. 2.3. La regulación extensiva del art. 510 CP por la LO 1/2015, de reforma del Código Penal. 2.4. La instrumentalización del discurso del odio. 2.5. Efecto silenciador *vs.* efecto desaliento 3. Consideraciones finales. Notas. Bibliografía.

1. NOTAS PRELIMINARES

Una sociedad democrática requiere la participación política a fin de garantizar la representación de la ciudadanía en la esfera pública. Para hacerla posible, la libertad de expresión juega un papel fundamental no solo porque es un medio que propicia el libre desarrollo de la personalidad, sino también porque ocupa una posición central en la canalización de las demandas ciudadanas, entre ellas, particularmente, las que provienen de los colectivos socialmente infrarrepresentados —las minorías o los grupos vulnerables—, así como de toda persona que, por razón de su adscripción a una determinada identidad, pueda padecer una situación de desigualdad sistémica o estructural. Para proteger de manera efectiva el disfrute del derecho a la libre expresión de estos grupos, la tipificación como delito de la manifestación de opiniones encuadrables en el discurso del odio constituye una limitación de la libre expresión que debe tratarse con las máximas cautelas, dado que, si bien resulta

necesaria para garantizar la participación de aquellos colectivos en la esfera pública, la eventual instrumentalización de su significado supondría tanto una desnaturalización de su sentido como una injustificada restricción de la libertad de expresión. En estas páginas se abordarán las aristas de este debate, si bien previamente se analizarán los posibles límites informales al derecho a la libre expresión de ideas derivados de fenómenos como la denominada cultura de la cancelación. Sobre esta cuestión cabe únicamente apuntar que partimos de la misma disyuntiva expuesta en el caso del discurso del odio: su utilización resulta positiva para dar voz a discursos contrarios al pensamiento dominante, pero el excesivo recurso a la misma, así como la indefensión y desprotección que puede generar, hace aconsejable su limitación.

1.1. AUTOCENSURA Y CANCEL CULTURE: UNA NUEVA GRAMÁTICA EN MATERIA DE LIBRE EXPRESIÓN

La libertad de expresión experimenta un profundo proceso de redefinición a consecuencia de los cambios en las pautas comunicativas derivados de la revolución digital, tendencia que puede constatarse claramente cuando se analiza el lenguaje surgido en este escenario social. Esta situación genera una dialéctica propia dentro del nuevo marco de referencia conformado por las redes sociales, contexto especialmente fecundo para el surgimiento de conflictos derivados de la conversación pública de masas (Gerchunoff, 2019: 51).

En este marco, adquiere un papel preponderante el concepto de *guerra cultural*, que reenvía a la existencia de disputas derivadas de opiniones enfrentadas sobre cuestiones sensibles para la vida social. Los debates que integran las numerosas controversias que impregnan la opinión pública en la actualidad tienen orígenes diversos; pueden surgir al calor de choques sobre aspectos básicos para la ordenación social, pero también pueden tener por objeto cuestiones banales que, sin embargo, terminan traducándose en una confrontación ideológica expandida de forma proporcional a las posibilidades de difusión que ofrece el medio digital.

«Como muestra, ¿quién diría que consumir frijoles podría convertirse en una manifestación política del derecho a la libre expresión de ideas? Esto es lo que ocurrió el pasado mes de julio en Estados Unidos, como consecuencia del apoyo público brindado por Robert Unanue, presidente de la empresa de envasados Goya, a una iniciativa del presidente Donald Trump, relativa a la integración de la población hispana. Después de afirmar que la población estadounidense debería sentirse «benedicida al tener a un líder como el presidente Trump», las redes sociales se inundaron de contenido donde usuarios críticos con la gestión del presidente tiraban a la basura latas de frijoles Goya – la misma Ocasio-Cortez, congresista democrática de ascendencia latina, subía a sus redes recetas alternativas a las salsas producidas por Goya— al mismo tiempo que los seguidores de Trump publicaban fotos en sus perfiles con carros llenos de latas de frijoles»¹.

En el escenario de la nueva gramática cultural afianzada en el campo de la libertad de expresión, pueden identificarse distintos fenómenos que, de una forma u otra, presentan conflictos relacionados con el tratamiento de este derecho. Así, si bien puede partirse de supuestos en los que las opiniones vertidas en las redes sociales representan una forma de participación en la esfera pública idónea para visibilizar las demandas de determinados

colectivos —tradicionalmente desplazados en los *mass media*—, también hay casos en los que estas prácticas derivan en una restricción informal de la libertad de expresión. En estos supuestos, se hablaría de una limitación de carácter horizontal de la libre expresión carente de la cobertura y el sostén de la potestad punitiva del Estado.

Es en este punto donde cabe aludir al movimiento conocido en Estados Unidos como *cancel culture*, expresión que hace referencia al fenómeno consistente en que una persona o una organización brinda su apoyo o promociona cualquier cuestión o estado de opinión que puede ser considerado ofensivo o lesivo para un grupo de personas, opinión o campaña que genera, como respuesta, una avalancha de comentarios contrarios, momento a partir del cual ese individuo (o grupo) pasa a estar *cancelado* (Susarla, 2020); se trata de una acción que no tiene únicamente un carácter performativo, sino que puede suponer la pérdida de oportunidades laborales o el descrédito público de la persona, e indirectamente un serio perjuicio económico, dado que en estas situaciones existe una clara relación con la denominada *economía de la atención*. En palabras de Nakamura, se trata de un «boicot cultural», es decir, una manifestación de réplica cuyo objetivo es contrarrestar la amplificación de la atención mediática o económica dirigida a la persona u organización que es objeto de cancelación. Especialmente significativa en el mundo artístico, la privación de la atención puede tener como consecuencia dificultar determinado estilo de vida (Nakamura, 2020)².

De nuevo, tomando como referencia a los Estados Unidos, se han producido claras llamadas a la cancelación de personajes públicos como por ejemplo Kanye West, cuando en 2018 declaró que «la esclavitud era una elección» o, más recientemente, por las dudas generadas a raíz de su campaña a la presidencia a los Estados Unidos, interpretada como una maniobra para restar votos afroamericanos a los demócratas en estados clave. También han sucedido casos de esta naturaleza en España, por ejemplo, la campaña de cancelación contra Rober Bodegas, cómico de Pantomima Full, por un monólogo donde ironizaba sobre cuestiones relativas a la etnia gitana, o la campaña que condujo al Ayuntamiento de Bilbao a cancelar el concierto del cantante C. Tangana en el Aste Nagusia por las denuncias en redes debido al supuesto carácter machista de sus letras, veto al que el artista respondió organizando dos conciertos consecutivos en una sala de la ciudad.

Asimismo, es preciso señalar que, si bien esta es la dinámica en la que incide en este trabajo, la cultura de la cancelación no se circunscribe a la expresión de opiniones, es decir, no está solo fundada en el señalamiento a determinadas personas o grupos por sus palabras u opiniones, sino que también pueden responder a actos de distinta naturaleza, incluso de carácter delictivo; por ejemplo, la investigación a la que fue sometido el productor de cine estadounidense Harvey Weinstein a consecuencia de su cancelación con motivo de las denuncias que dieron inicio al movimiento #MeToo. De este modo, bien en relación con la expresión de opiniones, bien respecto a una conducta concreta, la cultura de la cancelación revela la existencia de determinado estado de violencia u opresión en el medio social y es el instrumento a través del cual este canaliza su respuesta.

La cancelación es reivindicada por sus partidarios como una herramienta dotada de un alcance democratizador, en la medida en que deviene una «[...] cultura de rendición de cuentas, descentralizada y caótica, pero cuyo surgimiento era necesario» (Nakamura, 2020).

De esta postura puede compartirse el potencial comunicativo que confieren las prácticas propias de las redes sociales al discurso de colectivos que, por su posición de disenso con el pensamiento dominante, pudiera haber sido silenciado. No obstante, las posibilidades que ofrece esta práctica no aseguran que las demandas de los grupos emisores puedan ser igualmente deslegitimadas por otros agentes. En este sentido, las tensiones que genera el derecho a la libre expresión de ideas en este escenario quedan bien reflejadas en la referencia al *ofendidito*, término utilizado por personas que, habitualmente desde una situación de poder o privilegio, esgrimen que la crítica realizada por un grupo concreto se enmarca dentro de los márgenes de una extrema corrección política, razón por la cual la respuesta a la ofensa supone, a su vez, una restricción de la libertad de expresión de quienes desean apoyar el comentario o producto cultural que genera la ofensa. Al respecto, Lijtmaer se muestra crítica con esta argumentación, y considera que «[...] el señalamiento al moralista *ofendidito* en realidad no hace otra cosa que ocultar interesadamente la criminalización de su derecho, de nuestro derecho como sociedad, a la protesta» (Lijtmaer, 2019: 11).

Lo cierto es que esta dinámica encierra una clara paradoja si se compara la restricción a la libertad de expresión desde la confrontación entre sus límites formales e informales. Así, los grupos o sectores ideológicos que suelen abusar del término *ofendidito*, por ejemplo, para referirse a los colectivos que boicotean fiestas taurinas o protestan contra la denominada *ideología de género*, se amparan en la misma libertad de expresión que no les impide aplaudir la presentación de querellas o condenas ejemplares en materia de delitos contra los sentimientos religiosos o de enaltecimiento del terrorismo.

Dicho esto, lo que resulta cuestionable de la cultura de la cancelación es la falta de seguridad que impregna los juicios mediáticos dirigidos contra las personas acusadas. Efectivamente, en cualquier linchamiento virtual puede comprobarse que el problema que representan estas dinámicas es el desprecio absoluto de las razones en que pudiera ampararse la opinión expresada por la persona cancelada, así como el peligro que encierra el «apego a la literalidad» con que se libran estas *guerras culturales* (Lojerhuld, 2020), en las que puede percibirse una ignorancia deliberada del contexto en que se producen los hechos.

De este modo, más allá de que se afirme la pertinencia, la necesidad y aun la legitimidad del aprovechamiento de los *altavoces* que las redes sociales ofrecen para la participación de determinados colectivos en el proceso de deliberación pública, la *cancel culture* resulta criticable si se convierte en un nuevo espacio de punitivismo, en este caso informal, desprovisto de garantía alguna y sin margen para que la persona acusada pueda rebatir el contenido de las acusaciones en términos de racionalidad discursiva. Paradójicamente, prácticas como la cultura de la cancelación pueden terminar provocando una limitación de la libertad de expresión que se manifiesta en la imposición de cierta autocensura a la hora de expresar opiniones, consecuencia que podría considerarse como un *efecto desaliento 2.0* (Miro y Gómez, 2020: 21). Así las cosas, la generalización de este tipo de prácticas en el marco de las redes sociales de uso masivo podría conducir a una situación como la descrita por Soto, autor que apunta que «[...] en este mundo desdoblado, la libertad de expresión resulta menos arriesgada en el plano *offline* que en el *online*» (Soto, 2017: 101).

1.2. LA HIPEREXPOSICIÓN EN REDES SOCIALES COMO FORMA DE VIGILANCIA

De lo expuesto en el punto precedente cabe inferir que las prácticas comunicativas derivadas del auge de las redes sociales han producido un cambio de paradigma en las formas en que la persona proyecta su participación en la esfera pública, marcada por una nueva gramática en materia de libertad de expresión. Sobre esta cuestión, se ha constatado la existencia de una serie de prácticas que conllevan una restricción informal en materia de libertad de expresión. Para que esto ocurra, esto es, para que acciones como la cultura de la cancelación sean efectivas, o para que efectivamente pueda producirse una autocensura real en la expresión de opiniones en redes, debe partirse de la hiperexposición en redes por parte de la persona, fenómeno transversal reconocido por Harcourt en lo que denomina *sociedad de la exposición*:

«Vivimos en un nuevo tiempo político y social que está transformando radicalmente nuestras relaciones con los demás, nuestra comunidad política, pero también a nosotros mismos: la nueva transparencia virtual está reconfigurando drásticamente las relaciones de poder en el medio social, redibujando el escenario social y los límites políticos [...] un nuevo poder basado en la exposición que constantemente rastrea y ordena nuestra identidad digital» (Harcourt, 2015: 15 ss.).

En el subepígrafe precedente hemos hecho referencia a un ejemplo de esta transformación: la vigilancia horizontal que pueden realizar las propias personas usuarias de las redes sociales y que tiene consecuencias prácticas como la cultura de la cancelación o la autocensura, dinámicas que reflejan un nuevo paradigma de limitación informal a la libertad de expresión. En este punto, es oportuno hacer referencia al concepto de *panóptico digital* desarrollado por Han (2015), que designa el amplio espacio de control social derivado de la puesta a disposición de perfiles públicos en redes sociales, pero también de los procesos masivos de cesión de datos a empresas multinacionales: «Google y las redes sociales, que se presentan como espacios de libertad, adoptan formas panópticas. Hoy, contra lo que se supone normalmente, la vigilancia no se realiza como ataque a la libertad. Más bien, cada uno se entrega voluntariamente a la mirada panóptica. A sabiendas, contribuimos al panóptico digital, en la medida en que nos desnudamos y exponemos» (Han, 2015: 94-95).

El modelo teórico del panóptico es presentado en 1791 en la obra de Jeremy Bentham y entendido como un modelo utópico de dispositivo general con numerosas aplicaciones (fábricas, hospitales, escuelas...), siendo también extensible al ámbito carcelario (Rendueles, 2011)³. En concreto, se considera el panóptico como modelo arquitectónico de vigilancia, jugando para este fin con su estructura circular, así como con los dispositivos constructivos propios del espacio (columnas, escaleras, espejos...) con la finalidad última de crear en el penado una sensación de permanente control, inclusive en los supuestos donde no exista una vigilancia efectiva (Bentham, 2000: 40). En consecuencia, la percepción de un control permanente es el principal rédito de esta propuesta, enmarcada en la propia filosofía utilitarista del autor. El concepto de panóptico es posteriormente utilizado por Michel Foucault para el desarrollo de un entendimiento en clave funcional del control social, así como del poder de castigar. En su obra *Vigilar y Castigar*, publicada en 1975, desarrolla lo que denomina vigilancia jerarquizada para mostrar el control permanente de los cuerpos y mentes de la ciudadanía, consecuencia de la hibridación del control social formal e informal en

un único poder. Esta vigilancia jerarquizada conlleva la sensación de control permanente en que se concreta el panóptico en su propuesta, considerando que el propio medio social puede actuar como el diseño de prisión propuesto por Bentham (Foucault, 2009: 175 ss.).

En este sentido, resulta pertinente incidir en el supuesto carácter voluntario de este proceso de exposición. Pese a que se caracterice como un ejercicio de libertad, la propia coerción que representa la necesidad de asumir el perfil digital como una obligación convierte a la exposición en un proceso forzoso no solo en las prácticas comunicativas actuales, sino también en la realización de trámites administrativos o en la propia vida laboral. Esta confrontación entre libertad y vigilancia es expuesta por Cigüela cuando apunta que «[...] el panóptico digital difiere, no obstante, del disciplinario: si el habitante de la institución total se sentía observado, aunque la vigilancia no fuese efectiva, al usuario de la red social le ocurre lo contrario, no se siente observado ni vigilado cuando navega libremente por la red, aunque dicha vigilancia lo envuelva de forma total y permanente» (Cigüela, 2017: 180).

Así, la hiperexposición facilita el surgimiento de una nueva cultura de la vigilancia en la que pueden diferenciarse dos vertientes. En primer lugar, prácticas como la cultura de la cancelación o la autocensura evidencian que en el contexto actual de disputa constante en las redes sociales pueden aparecer dinámicas informales de limitación de la libertad de expresión de carácter horizontal, dado que no proceden de una reacción punitiva estatal. No obstante, las nuevas formas de vigilancia no se agotarían aquí. En segundo lugar, cabría hacer referencia a los nuevos espacios de control social formal derivados del auge de las redes sociales. Sobre esta cuestión, es preciso tomar en consideración el proceso de sobrecriminalización de los *delitos de opinión* en los últimos años (Miró, 2017), especialmente con posterioridad a las reformas operadas por la Ley Orgánica 1/2015, de reforma del Código Penal, y la Ley Orgánica 2/2015 de reforma del Código Penal en materia de terrorismo, tal y como hemos expuesto en otro lugar:

«En este trabajo solo se incidirá en cuestiones relativas al tratamiento penal del discurso del odio *ex art.* 510 CP. No obstante, podrían considerarse insertos en esta dinámica otros comportamientos delictivos. En este sentido, destaca la reforma realizada respecto del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas, recogido en el art. 578 CP. Concretamente, cabe destacar la modificación introducida en el apartado segundo del precepto, cuando se establece la imposición de la pena en su mitad superior cuando el ensalzamiento sea realizado mediante el uso de servicios disponibles a través de Internet, entendiéndose aquí comprendidas las redes sociales de consumo masivo. La agravación de la pena contenida en este supuesto respecto del tipo básico, el cual se encuentra castigado con un marco penal de 1 a 3 años, permite que, *de facto*, esta sea la modalidad genérica del delito, puesto que, en el marco comunicativo actual, este comportamiento es realizado de forma cuasi exclusiva mediante el uso de redes sociales» (Correcher, 2017: 5 ss.).

Esta tendencia a la limitación de la libertad de expresión desde instancias de control social formal que aprovecha la hiperexposición propia del marco de referencia arriba descrito permite identificar una suerte de nuevo paradigma en las investigaciones policiales, que abandonan su vertiente preventiva y adoptan en su desarrollo un perfil prospectivo. La consecuencia de esta inflexión es una «[...] sustitución del modelo de intervención penal hasta ahora imperante, ante el tránsito de un Derecho penal *reactivo* a un Derecho penal *anticipativo*» (López Ortega, 2018: 90). A este respecto, la búsqueda indiscriminada

de contenido accesible en el entorno digital que, aun remotamente, pudiera considerarse constitutivo de un *delito de opinión* supone una extensión de la intervención punitiva del Estado, especialmente en los supuestos limítrofes con la protección de la libertad de expresión⁴.

2. EL DISCURSO DEL ODIOS: ENTRE LA CRIMINALIZACIÓN DE LOS DELITOS DE OPINIÓN Y LA PROTECCIÓN DE MINORÍAS

Una vez expuestos los riesgos para el derecho a la libre expresión derivados de las limitaciones informales a su ejercicio, en este apartado analizaremos las restricciones de carácter formal a la libre expresión previstas por el sistema penal. Examinaremos una de las modalidades de los *delitos de opinión o expresión*, concretamente la persecución penal del discurso del odio tipificada en el art. 510 CP.

Se ha escogido esta modalidad delictiva porque el carácter abierto del concepto y la regulación extensiva en que ha incurrido el legislador han propiciado una progresiva expansión de su ámbito de aplicación y, con ella, el surgimiento de ciertas dudas relativas a la restricción de la libertad de expresión, bien de forma directa —a través del castigo de conductas—, bien indirecta —por la influencia del efecto desaliento (*chilling effect*)— en el conjunto de la ciudadanía. Estas reservas no obstan para reconocer que la penalización de determinadas expresiones bajo la forma del discurso del odio supone un desarrollo de la legislación antidiscriminatoria, cuya finalidad es proteger a las minorías o los colectivos vulnerables. Por ello, siempre que se cumplan estas circunstancias, no cabe cuestionar idoneidad de la aplicación de este tipo delictivo. En este sentido, la penalización del discurso del odio constituye una herramienta orientada a proteger la igualdad y seguridad de los grupos que son destinatarios de mensajes extremistas, a garantizar su participación efectiva en el proceso de deliberación pública y a evitar que se proyecte sobre ellos el denominado efecto silenciador (*silencing effect*), esto es, la minusvaloración de su posición social en la esfera pública precisamente como consecuencia del discurso del odio.

2.1. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Para concretar el concepto, partiremos de la diferenciación propuesta por Vives entre «ética del discurso» y «discurso del odio». Así, tomando como referencia la caracterización de la primera locución realizada por Habermas, Vives señala que esta comporta «[...] que las aspiraciones de validez normativa poseen un sentido cognitivo y se pueden tratar como aspiraciones de verdad». Expuesta esta premisa, continúa argumentando que «[...] tanto en el ámbito de la teoría como en el de la práctica, las pretensiones de validez solo pueden ventilarse por medio de la confrontación de discursos racionales y, de este modo, el discurso, como forma del intercambio de razones [...] queda situado en el centro de toda filosofía, es decir, más allá de la ética, también el de la filosofía teórica, y definido como el lugar propio menos rotundo, como *hate speech*, habla del odio» (Vives, 2019: 502 ss.).

Partiendo de esta postura, cabe subrayar que el carácter antidiscriminatorio está enraizado en la propia construcción conceptual de la protección contra el discurso del odio. En este sentido, Lorenzo considera abiertamente las expresiones del mismo como «[...] actos de discriminación que encuentran su razón de ser en estereotipos y prejuicios fuertemente enraizados en la comunidad respecto a determinados grupos» (Lorenzo, 2019: 461). De igual modo, resulta fundamental integrar en la definición el hecho de que los grupos protegidos en relación con el discurso del odio se encuentran en una posición de vulnerabilidad dentro del medio social. Esta cuestión es expuesta por Alcácer junto con la referencia al carácter discriminatorio; el autor define el discurso del odio como «[...] todo mensaje público de rechazo o menosprecio dirigido contra grupos sociales caracterizados por su situación actual o potencial de marginación social, o por haber sido tradicionalmente objeto de discriminación» (Alcácer, 2019: 20).

En la delimitación conceptual del discurso del odio y en la conformación de su significado destaca igualmente la importancia de la normativa internacional (Gascón, 2015: 36 ss.). Sin pretensión de realizar una enumeración exhaustiva de los distintos textos internacionales⁵, resulta necesario hacer referencia a lo dispuesto por la Recomendación de Política General nº 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), adoptada el 8 de diciembre de 2015, que define el concepto en estos términos⁶:

«[...] el uso de una o más formas de expresión específicas —por ejemplo, la defensa, promoción o instigación del odio, la humillación o el menosprecio de una persona o grupo de personas, así como el acoso, descrédito, difusión de estereotipos negativos o estigmatización o amenaza con respecto a dicha persona o grupo de personas y la justificación de esas manifestaciones— basada en una lista no exhaustiva de características personales o estados que incluyen la raza, color, idioma, religión o creencias, nacionalidad u origen nacional o étnico al igual que la ascendencia, edad, discapacidad, sexo, género, identidad de género y orientación sexual».

En materia de estándares internacionales, debe igualmente tomarse en consideración el tratamiento dispensado al discurso del odio por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. En este sentido, el Tribunal de Estrasburgo ha realizado una doble operación cuando se le han presentado casos en los que ha tenido que valorar la posible limitación del derecho a la libre expresión de ideas reconocido en el art. 10.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁷ (CEDH) al enjuiciar supuestos que podrían caracterizarse como manifestaciones del discurso del odio.

En primer lugar, en los casos de opiniones ponderadas en relación con lo dispuesto por el art. 10.2 CEDH⁸, el TEDH ha desarrollado el denominado *test de proporcionalidad*, consistente en la verificación de tres requisitos: la previsión legal de la medida limitadora; los fines legítimos de la injerencia y la necesidad de la medida restrictiva del derecho a la libre expresión en una sociedad democrática, criterio, este último, en el que se integraría estrictamente el juicio de proporcionalidad (Teruel, 2017: 12). De estos tres requisitos, destaca la importancia conferida a la «necesidad de la medida en una sociedad democrática», criterio que ha llevado al *case law* del Tribunal a exigir la realización de un análisis del contexto en que son proferidas las expresiones con la finalidad de determinar si, atendien-

do a las propias circunstancias del caso concreto, estaría justificada la medida (STEDH, *Féret vs. Bélgica*, 16 de julio de 2009: par. 75 ss.)⁹.

La segunda opción ha sido la aplicación del denominado *efecto guillotina* (Anderez, 2019: 513; Landa, 2018: 30; Teruel, 2017: 19; y Alcácer, 2013: 321) recogido en la cláusula de abuso de derecho del art. 17 CEDH¹⁰. En estos casos, la gran mayoría relativos a expresiones negacionistas o a discursos consistentes en un revisionismo histórico del Holocausto¹¹, el Tribunal ha excluido el criterio de la ponderación realizada mediante el *test de proporcionalidad*, considerando que el discurso apologético quedaría fuera de la libertad de expresión reconocida en el art. 10 CEDH (DTEDH *Garaudy vs. Francia*, 24 de junio de 2003). El TEDH realiza en estos supuestos una delimitación negativa del alcance de la libertad de expresión y considera de forma casi objetiva que, siguiendo con el modelo de democracia militante reconocible en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (Rodríguez, 2012: 237-238), este tipo de opiniones no merecen la protección que brinda el art. 10 del CEDH, de forma que ni siquiera entra a estudiar la cuestión.

2.2. LA PROTECCIÓN DE COLECTIVOS VULNERABLES COMO RAZÓN DE SER

Como se ha visto, la protección de colectivos vulnerables es inherente a la definición del discurso del odio. Esto es así porque la propia concepción de la legislación como normativa antidiscriminatoria supone la existencia de un contexto en el que el grupo receptor del mensaje se encuentra en una situación de desigualdad estructural apreciable por el potencial lesivo que puede suponer dicho discurso. Así, el carácter antidiscriminatorio de la normativa que protege frente al discurso del odio se encuentra enraizado en el principio de igualdad en su vertiente material, dado que, si bien la protección dispensada por el tratamiento penal del discurso del odio regiría para el conjunto de la ciudadanía, las minorías situadas en una posición de vulnerabilidad merecerían de una especial consideración. La vulnerabilidad sería, por tanto, el rasgo que posibilitaría que estos grupos se vieran especialmente afectados por la incitación al odio o la violencia contenida en el mensaje. En este sentido, resulta especialmente importante examinar la posición que ocupa el grupo en el medio social, pues el contexto histórico en que se sitúe puede determinar la existencia o no del discurso del odio. Landa enfatiza la influencia del contexto y señala que «[...] la fuerza expresiva o evocadora que del acto discriminator —el mensaje añadido que este puede transmitir— depende directamente de la situación social e histórica del colectivo receptor del mismo» (Landa, 1999: 251).

Así las cosas, resulta pertinente determinar los rasgos básicos que deberían concurrir para afirmar que determinado grupo es un colectivo vulnerable. Sobre esta cuestión, es oportuno hacer referencia a lo dispuesto por el *case law* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Así, en el caso *Savva Terentyev vs. Rusia*, de 28 de agosto de 2018, el Tribunal ofrece una delimitación de lo que puede entenderse como colectivo vulnerable. En este supuesto, el TEDH examina la posición del demandante, castigado en su país por la publicación de unos comentarios insultantes contra la policía en un blog, y estima que su condena vulnera el art. 10 del CEDH:

«El Tribunal considera que la policía, una fuerza pública encargada de garantizar el respeto y cumplimiento del ordenamiento jurídico, difícilmente puede ser descrita como un grupo o minoría desprotegida con un historial de opresión o desigualdad, o que se enfrente a prejuicios estructurales, a la hostilidad o la discriminación, o que sea vulnerable por cualquier otra razón, y que requiera, como consecuencia, una protección reforzada respecto de los ataques cometidos mediante insultos, injurias o bromas» (STEDH, *Savva Terentyev vs. Rusia*, de 28 de agosto de 2018: par. 76).

Como se observa, el texto de la sentencia define el colectivo vulnerable como aquel «[...] grupo o minoría desprotegida con un historial de opresión o desigualdad, o que se enfrente a prejuicios estructurales, a la hostilidad o la discriminación, o que sea vulnerable por cualquier otra razón, y que requiera, como consecuencia, una protección reforzada». Para ilustrar el concepto, el Tribunal de Estrasburgo, ofrece en la misma sentencia (par. 76) una serie de ejemplos en los que la expresión de opiniones sí fue calificada como discurso del odio, precisamente por el carácter vulnerable del grupo destinatario del mensaje. Así, hace referencia a casos en los que el discurso —de contenido xenófobo— se dirigía contra personas migrantes (SSTEDH, *Soulas y otros vs. Francia*, 10 de julio de 2008: par. 36-41; *Féret vs. Bélgica*, 16 de julio de 2009: par. 69-73, 78), a supuestos en los que se denigraba a minorías étnicas o nacionales (STEDH, *Balsytė-Lideikiene vs. Lituania*, 4 de noviembre de 2008: para. 78) o a ataques contra grupos por razón de su orientación sexual (STEDH, *Vejdeland y otros vs. Suecia*, 9 de febrero de 2012: par. 54).

El abanico de casos expuesto por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos puede complementarse —en muchos supuestos, de hecho, resulta coincidente— con la Recomendación de Política General nº 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI). Concretamente, en su Memorándum Explicativo, dispone lo siguiente:

«[...] “grupos vulnerables” se refiere a grupos que son objeto específico de discurso de odio, y que varían dependiendo de las circunstancias nacionales pero que, probablemente, incluyen a solicitantes de asilo y refugiados, otros inmigrantes y migrantes, comunidades judías y negras, musulmanes, romaníes/gitanos, al igual que otras minorías étnicas y lingüísticas y personas LGBT; incluirá específicamente a niños y jóvenes pertenecientes a esos grupos» (par. 7 ag.).

En definitiva, siguiendo a Presno, la vulnerabilidad implica necesariamente una situación de «inferioridad, exclusión o estigmatización», si bien la consideración de un grupo como vulnerable no implica necesariamente la caracterización de todos sus miembros como tales, pues es necesario atender a la forma e incidencia de las causas de vulnerabilidad sobre el sujeto concreto del grupo (Presno, 2020: 55).

2.3. LA REGULACIÓN EXTENSIVA DEL ART. 510 CP POR LA LO 1/2015, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL

En este apartado se analizará la plasmación normativa de los llamados delitos de odio en el art. 510.1 CP, que tipifica el delito de incitación al odio, hostilidad, violencia o discri-

minación. Este artículo se ha visto sustancialmente reformulado por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal. Sin entrar en la descripción exhaustiva de su redacción¹², simplemente se hará referencia a una serie de deficiencias que, si bien son deudoras de la versión previa del tipo penal —aprobada por la LO 10/1995¹³—, se incrementaron por el carácter extensivo que imprimió la reforma de 2015 al precepto aquí comentado. En este punto, cabe hacer referencia a la adaptación que llevó a cabo el legislador penal de la STC 235/2007, de 7 de noviembre —sentencia que declaró la inconstitucionalidad de la expresión «nieguen» contenida en el primer inciso del derogado art. 607.2 CP sobre negación del genocidio¹⁴— y a la Decisión Marco 2008/913/JAI como criterios interpretativos, si bien, como acertadamente ha apuntado Portilla, la implementación del contenido de la decisión marco es excesivamente amplia (Portilla, 2017: *passim*).

El tipo básico del apartado 1 del art. 510 CP prevé tres modalidades delictivas distintas cuya comisión está castigada con penas de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses. La conducta prevista en la letra a)¹⁵ hace referencia a la incitación directa o indirecta al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra el sujeto pasivo común del delito. Esta figura típica puede ser considerada como el referente del art. 510 CP, dada la relación de equivalencia que presenta respecto al resto de conductas contempladas en el precepto. Asimismo, cabe destacar la sustitución del verbo típico «provocar», por «incitar», cuestión apuntada de *lege ferenda* por la doctrina para evitar la confusión conceptual con el acto preparatorio punible previsto en el art. 18.1 CP (Gómez, 2012: 115). No obstante, resulta discutible la introducción de la alusión a la «incitación indirecta» a cualquiera de las situaciones de riesgo para el sujeto pasivo previstas por el art. 510.1 CP. En este sentido, dicha previsión constituye una dudosa extensión de las conductas punibles y presenta el riesgo de situar dentro del ámbito de aplicación del 510.1 a conductas vinculadas a la participación en el delito intentado (Portilla, 2017: 94). De igual modo, resulta poco compatible con la seguridad jurídica la referencia introducida por la LO 1/2015 a la «hostilidad» contra el sujeto pasivo común. Si la violencia o la discriminación son más fácilmente apreciables como consecuencias posibles del discurso del odio contra el colectivo protegido, más complicado resulta establecer el significado normativo de la «hostilidad», como también ocurre con el «odio» (Teruel, 2015: 32).

También resulta problemática la redacción del apartado b)¹⁶, dado que recoge un variado abanico de comportamientos que suscitan ciertas dudas relativas al adelantamiento de las barreras punitivas, en la medida en que las conductas podrían asemejarse a actos preparatorios de actos preparatorios, sin que pudiera todavía apreciarse ningún riesgo real que justifique la penalización del comportamiento a partir del estándar establecido por la STC 235/2007 (Roig, 2015: 1265). Así, los verbos utilizados en el art. 510.1 b), a saber, «producir», «elaborar», «poseer con finalidad de distribuir», «facilitar a otras personas el acceso», «distribuir», «difundir» o «vender» cualquier tipo de material que por su contenido fuera idóneo para realizar la conducta de incitación directa o indirecta prevista en el apartado a) suponen una insostenible extensión de la participación en el tipo básico, hasta el punto de que resulta posible apreciar una *incriminación en cadena*¹⁷. En este sentido, la posibilidad de castigar con idéntica pena que la prevista en el primer apartado (Landa,

2018: 73; Roig, 2015: 1257; y Rodríguez, 2017: 163) a las personas que realicen conductas de distribución de estos materiales ante el posible riesgo de que su contenido sea «idóneo» para llevar a cabo una incitación al odio, presenta problemas tanto de alcance dogmático —por la extensión del régimen de participación— como de protección de la libertad de expresión —en la medida en que hace recaer una parte central del núcleo típico en el contenido del objeto de difusión—. Como sostiene Portilla, este apartado resulta criticable no solo «[...] por la inseguridad de sus fundamentos, su imprecisa delimitación y la utilización de demasiados conceptos indeterminados que sancionan participaciones no delictivas, sino por representar uno de los mayores ataques a la libertad de expresión que se conocen» (Portilla, 2017: 99).

Finalmente, en relación con las conductas previstas en la letra c)¹⁸, la inclusión de esta modalidad delictiva trae causa de la antes citada STC 235/2007, pues viene a recoger una modificación del derogado delito de negación del genocidio del art. 607.2 CP, adaptándolo al estándar de constitucionalidad establecido en la sentencia. Así, podría hablarse de un nuevo *delito de negacionismo* (Teruel, 2015: 34) cuyo aspecto clave para evaluar su respeto a la libertad de expresión es el favorecimiento de un clima de violencia, odio, discriminación u hostilidad contra los miembros del grupo. En relación con este precepto, simplemente hay que remarcar que, a diferencia de lo dispuesto en el apartado a), no habla de la consumación de la incitación, como hace el art. 510.1 CP, sino simplemente del «favorecimiento» para que se produzca esa incitación, sea directa o indirecta, extremo que hace aconsejable la interpretación restrictiva de este término (Roig, 2015: 1258).

Para cerrar este análisis, se hará una referencia a las conductas agravadas de los artículos 510.3¹⁹ y 510.4²⁰ CP. En primer lugar, el inciso tercero prevé la imposición de la mitad superior de la pena cuando la incitación sea realizada mediante el uso de medios de comunicación social o cualquiera de las aplicaciones disponibles en internet. Sobre esta cuestión, considerando la importancia de las redes sociales en las prácticas comunicativas de gran parte de la población, se corre el riesgo de convertir esta agravación en regla general, dado que la red es el medio más usual de realización de estos comportamientos (Cuerda, 2019: 756). En relación con el art. 510.4 CP, prevé una agravación todavía mayor —pena superior en grado— cuando el mensaje pueda ser contrario a la «paz pública», o crear un «sentimiento de inseguridad» o «temor entre los integrantes del grupo». En este sentido, es fácil ver el alcance simbólico de este inciso, cuya concreción es difícil pese a los esfuerzos doctrinales orientados a interpretarlo restrictivamente (Landa, 2018: 87-88).

2.4. LA INSTRUMENTALIZACIÓN DEL DISCURSO DEL ODIOS

De lo expuesto puede inferirse que, desde la perspectiva del juicio de proporcionalidad, el carácter extensivo conferido al art. 510 CP por la LO 1/2015 supone la criminalización innecesaria de un *delito de expresión*, problema agravado por la deficiente técnica legislativa de la reforma, en la que destaca el recurso a cláusulas generales de contenido vago y contrarias, por tanto, a la garantía de certeza en las normas penales, el adelantamiento de las barreras delictivas que supone la referencia a la incitación indirecta y la posibilidad de

castigar conductas situadas dentro de la participación en la participación. Igualmente, las modalidades agravadas de los apartados tercero y cuarto del precepto evidencian el rigor punitivo asumido por la LO 1/2015 en materia de *delitos de opinión*.

Dicho esto, en este apartado se analizará la progresiva pérdida de importancia de la referencia al carácter vulnerable del colectivo como criterio interpretativo y la consiguiente instrumentalización del discurso del odio que ello supone, dado que era justamente la referencia a la vulnerabilidad lo que legitimaba la restricción del derecho a la libre expresión de ideas representada por el art. 510 CP. De hecho, esta idea se encontraba circunscrita al propio tratamiento que el precepto daba al bien jurídico protegido: en las distintas interpretaciones del objeto de protección de las normas que penalizan el discurso del odio, la vulnerabilidad de los grupos y la protección de las minorías desfavorecidas se intuían como notas inherentes al bien jurídico²¹. Así, en la interpretación ofrecida por Landa, el autor hace hincapié en la protección de la integridad de estos grupos e identifica el objeto de protección con la «[...] tutela de las condiciones de seguridad existencial de grupos o colectivos especialmente vulnerables» (Landa, 1999: 341 ss.). En este sentido, la propuesta se concreta en la protección de la vulnerabilidad asociada a la promoción estatal del principio de igualdad en aquellas situaciones donde esta se vea amenazada por los efectos del discurso del odio:

«[...] la toma en consideración del grupo o colectivo especialmente vulnerable supone [...] la asunción del nuevo papel del Estado social que dirige sus mecanismos de protección penal [...] hacia aquellas realidades que comprometen de forma significativa la igualdad efectiva. Con otras palabras, se refleja la función de promoción de las condiciones que aseguren la participación igualitaria dispensando una tutela especial allí donde la igualdad efectiva o sustancial se ve amenazada de manera especial» (Landa, 1999: 349).

De igual modo, Laurenzo reconoce una dualidad en el objeto de protección, donde se aprecia la colisión entre la acción discriminatoria y el modelo de convivencia propio del Estado social. La autora considera que «[...] las conductas de discriminación, en tanto suponen precisamente la creación o profundización de desigualdades entre los miembros del cuerpo social por razón de ciertos caracteres diferenciales [...] entran en conflicto directo con el modelo de convivencia establecido por la Constitución» (Laurenzo, 1996: 240).

Así las cosas, puede observarse que, al tipificar como delito el discurso del odio, existe una relación directa entre el bien jurídico protegido y la tutela de las minorías y los colectivos vulnerables, dado que estos son los grupos que con mayor probabilidad pueden verse afectados por los efectos discriminatorios de este tipo de mensajes. Sin embargo, la interpretación del concepto «discurso del odio» llevada a cabo por los órganos judiciales parece haber abandonado esta posición, como muestra, por ejemplo, la Fiscalía General del Estado (FGE) en su Circular 7/2019 sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP:

«El origen del delito de odio está relacionado con la protección a los colectivos desfavorecidos, pero la vulnerabilidad del colectivo no es un elemento del tipo delictivo que requiera ser acreditado, sino que el legislador, haciendo ese juicio de valor previo, al incluirlo en el tipo penal, ha partido de esa vulnerabilidad intrínseca o situación de vulnerabilidad en el entorno social. Tampoco

lo es el valor ético que pueda tener el sujeto pasivo. Así una agresión a una persona de ideología nazi, o la incitación al odio hacia tal colectivo, puede ser incluida en este tipo de delitos» (Circular 7/2019: Ap. 2.4)

A pesar de que en su interpretación de los sujetos pasivos protegidos contra el discurso del odio afirma la posición de preeminencia de los colectivos desfavorecidos como grupos merecedores de protección, la circular estima que este no debe ser un requisito del tipo, y considera que la mera pertenencia a un grupo definido por los motivos discriminatorios del art. 510 CP es suficiente para la aplicación del tipo. Para ilustrar este criterio, la Circular cita a los grupos de ideología nazi como uno de los posibles colectivos protegidos por el precepto. Esta desafortunada interpretación de la FGE no es más que una muestra de la desnaturalización sufrida por la legislación protectora frente al discurso del odio, proceso que no se limita únicamente a la redacción del art. 510 CP, sino que se extiende a las referencias al discurso del odio en el ámbito de la criminalización de otros *delitos de opinión*. Esta dinámica se reconoce cuando se percibe el tratamiento penal del discurso del odio a partir de criterios desconectados de la protección de colectivos vulnerables y se opta por una «versión puramente subjetivista» (Laurenzo, 2018: 248), más próxima a la persecución del pensamiento político disidente (Portilla, 2017: *passim*) o a la protección de los «sentimientos morales mayoritarios» (Fuentes, 2017: 149).

Respecto a esta tendencia, resulta especialmente significativo el uso extensivo del concepto de discurso del odio por parte de la jurisprudencia española, es decir, su utilización en modalidades delictivas distintas a las previstas en el art. 510 CP e insertas en lo que puede denominarse *delitos de opinión*. En relación con esta dinámica, podría examinarse la interpretación jurisprudencial del delito de enaltecimiento del terrorismo y humillación a las víctimas del art. 578 CP²². En este sentido, resulta pertinente hacer referencia al caso *Strawberry*, protagonizado por César Strawberry, cantante del grupo Def Con Dos. Strawberry fue condenado por publicar unos tuits entre los meses de noviembre de 2013 y enero de 2014 que contenían mensajes satíricos sobre víctimas del terrorismo²³. Si bien Strawberry fue inicialmente absuelto por la Audiencia Nacional (SAN 20/2016, de 18 de julio), que en su sentencia enmarcó las manifestaciones del acusado en el contexto artístico-cultural y la crítica política y estimó que, por ello, su conducta no podía subsumirse en el tipo de enaltecimiento del terrorismo del art. 578 CP, la resolución de la AN fue recurrida en casación por la Fiscalía y, posteriormente, el Tribunal Supremo (STS 4/2017, de 18 de enero) resolvió casar y anular la SAN 20/2016. El TS consideró que el juicio histórico y la valoración ligada al contexto realizada por la Audiencia Nacional no era motivo suficiente para determinar que la conducta del cantante no era constitutiva del delito del art. 578 CP. Entre las razones para justificar esta decisión, aquí interesan especialmente las consideraciones relativas a la asimilación entre el enaltecimiento del terrorismo y el discurso del odio:

«[...] la necesidad de ponderar en nuestro análisis los límites a la libertad de expresión y de hacerlo a partir de la equívoca locución —discurso del odio— con la que pretende justificarse la punición, no hacen sino añadir obstáculos a la labor interpretativa. Las dificultades se multiplican

cuando de lo que se trata es de determinar, como en tantas otras ocasiones, el alcance de lo intolerable» (FJ 5).

Puede observarse que la STS 4/2017 representa una clara muestra de la instrumentalización del discurso del odio a la que se ha hecho referencia en este apartado. De entrada, ignora la conceptualización del discurso del odio, estrechamente ligada a la protección de grupos o colectivos vulnerables, y asimila la conducta apologética tipificada en el art. 578 CP con un concepto normativo de distinta naturaleza (Correcher, 2020: 6). No obstante, a efectos de cerrar el relato del caso *Strawberry*, debemos hacer referencia a la reciente STC 35/2020, de 25 de febrero, en la que el Tribunal Constitucional considera que la condena de STS 4/2017 constituye una vulneración del derecho a la libre expresión de ideas y hace referencia a la necesaria ponderación que deben realizar los tribunales cuando se enjuician comportamientos encuadrados en la categoría de los *delitos de opinión*:

«[...] la posición central que tiene el derecho a la libertad de expresión como regla material de identificación del sistema democrático determina que no solo el resultado del acto comunicativo respecto de los que se puedan sentirse dañados por él, sino también los aspectos institucionales que el acto comunicativo envuelve en relación con la formación de la opinión pública libre y la libre circulación de ideas que garantiza el pluralismo democrático, deben ponderarse necesariamente para trazar el ámbito que debe reservarse al deber de tolerancia ante el ejercicio de los derechos fundamentales y, en consecuencia, los límites de la intervención penal en la materia. La resolución impugnada, al omitir cualquier argumentación sobre este particular, y rechazar expresamente la valoración de los elementos intencionales, circunstanciales y contextuales e incluso pragmático-lingüísticos que presidieron la emisión de los mensajes objeto de la acusación, se desenvuelve ciertamente en el ámbito de la interpretación que corresponde al juez penal sobre el ámbito subjetivo del tipo objeto de la acusación, pero desatiende elementos que, dadas las circunstancias, resultaban indispensables en la ponderación previa que el juez penal debe desarrollar en materia de protección de la libertad de expresión como derecho fundamental» (FJ 5).

La STC 35/2020 resulta especialmente importante para la protección de la libertad de expresión, pues supone un giro de la doctrina constitucional sentada por la STC 177/2015, de 22 de julio, relativa al caso de la quema de las fotos de Juan Carlos I en Girona por colectivos independentistas, actos por los que sus autores fueron condenados el delito de calumnias o injurias a la Corona tipificado en el art. 490.3 CP²⁴. En este caso, la STC 177/2015 utiliza nuevamente la referencia al discurso del odio para desestimar el recurso de amparo interpuesto por los condenados:

«Es obvio que las manifestaciones más toscas del denominado *discurso del odio* son las que se proyectan sobre las condiciones étnicas, religiosas, culturales o sexuales de las personas. Pero lo cierto es que el discurso fóbico ofrece también otras vertientes, siendo una de ellas, indudablemente, la que persigue fomentar el rechazo y la exclusión de la vida política, y aun la eliminación física, de quienes no compartan el ideario de los intolerantes [...] Quemar en público, en las circunstancias descritas, la fotografía o la imagen de una persona comporta una incitación a la violencia contra la persona y la institución que representa, fomenta sentimientos de agresividad contra la misma y expresa una amenaza» (FJ 4).

Como puede apreciarse, la alusión en este caso concreto al discurso del odio supone una clara desnaturalización de su contenido, ligado, como ya se ha dicho, a la protección de las minorías o los grupos desfavorecidos, dado que difícilmente se podría entender incluido dentro de estas categorías a un jefe de Estado²⁵. La STC 177/2015 choca frontalmente con el desarrollo del discurso del odio realizado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Anderez, 2019: 528), divergencia plasmada en la STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España*, de 13 de marzo de 2018, que anuló la condena por el art. 490.3 CP y declaró que España había vulnerado el art. 10 CEDH. En relación con la exclusión de esta conducta del elusivo concepto discurso del odio, la STEDH dispone lo siguiente:

«La inclusión en el discurso del odio de un acto que, como el que se reprocha en este caso a los demandantes, es la manifestación simbólica del rechazo y de la crítica política de una institución y la exclusión que se deriva del ámbito de protección garantizado por la libertad de expresión conllevarían una interpretación demasiado amplia de la excepción admitida por la jurisprudencia del TEDH – lo que probablemente perjudicaría al pluralismo, a la tolerancia y al espíritu de apertura sin los cuales no existe ninguna sociedad democrática» (*Stern Taulats y Roura Capellera vs. España*, 2018: par. 41).

2.5. EFECTO SILENCIADOR VS. EFECTO DESALIENTO

El análisis jurídico del discurso del odio orbita alrededor de la dicotomía entre la protección efectiva de las minorías, orientada a que su situación de vulnerabilidad no se vea agravada por el potencial lesivo del mensaje, y la restricción mínima de la libertad de expresión, criterio que debe informar la criminalización de los *delitos de opinión*. De esta confrontación de argumentos surge otra más específica: la que se concreta en la afeción indirecta que para el ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas puede generar una doble dinámica: por un lado, el daño infligido al grupo receptor del mensaje, que se traduce en la inhibición del mismo a la hora de participar de forma efectiva en la esfera pública; por otro, la criminalización de la expresión de opiniones y su identificación con el discurso del odio, especialmente cuando se produce una instrumentalización del concepto como en los casos arriba expuestos. Así, esta confrontación se plasma en el estudio del efecto silenciador (*silencing effect*) y el efecto desaliento (*chilling effect*) respecto del ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas.

Por lo que respecta al efecto silenciador, su razón de ser estriba en la posición de vulnerabilidad de determinados colectivos o minorías, y en las repercusiones que para su participación en la esfera pública puede tener el hecho de que sean destinatarios de opiniones constitutivas de discurso del odio. Sobre esta cuestión, Fiss subraya que «[...] las expresiones de odio tienden a disminuir el sentimiento de dignidad de las personas, impidiendo así su plena participación en muchas actividades de la sociedad civil, incluyendo el debate público. Aun cuando estas víctimas se expresen, sus palabras carecen de autoridad; es como si nada dijeran» (Fiss, 1999: 28). Así, además del peligro que puede suponer para su integridad la incitación al odio o la violencia concretada en el discurso, el efecto silenciador sería otra de las razones que justificarían la restricción de la libre

expresión mediante la penalización de estas conductas, que menoscaban la dignidad del colectivo y provocan, por ello, la merma de su autoestima y la afectación del perfil público del grupo. Como sostiene Rey «[...] el daño se produce mediante actos que estigmatizan a todos los miembros de un grupo, fracturando la cohesión social, y atenta, por último, contra el mismo principio democrático porque devalúa la participación de los grupos, convirtiéndolos en minorías aisladas y sin voz en el proceso político» (Rey, 2015: 67). En consecuencia, el daño producido por el discurso del odio desde la perspectiva del efecto silenciador guarda una estrecha relación con la propia autopercepción de los miembros del grupo, así como con sus expectativas de disfrute de los derechos fundamentales. Esta situación lleva a Lorenzo a enfatizar «[...] el efecto intimidatorio que producen los actos de racismo y xenofobia sobre el colectivo en su conjunto y sobre cada uno de sus integrantes, lo que disminuye sus expectativas de seguridad y la posibilidad de ejercicio pleno de sus derechos fundamentales» (Lorenzo, 2018: 251). En suma, la propia identidad de la persona, en cuanto miembro de un determinado grupo o colectivo, experimentará un proceso de minusvaloración por el hecho de ser destinatario de discursos del odio, con los consiguientes efectos nocivos que ello puede tener para el desarrollo de su libre personalidad. En este sentido, resulta pertinente la observación de Añón cuando señala que «[...] una identidad infravalorada o no reconocida causa un daño al individuo, en tanto que su identidad se forja en un contexto, en una relación dialéctica con una lengua y una cultura y eso forma parte de las fuentes de su yo» (Añón, 2001: 227-228).

De acuerdo con lo expuesto, el efecto silenciador sería una manifestación del objeto de protección en la penalización del discurso del odio. En este caso, la criminalización estaría vinculada a la protección de la igualdad efectiva de los colectivos vulnerables, sujetos pasivos del este tipo de comportamientos. Así, si se pretende proteger la igualdad de las minorías —la vertiente material de la igualdad, en este caso—, será necesario el despliegue de la normativa antidiscriminatoria con el fin de evitar la profusión de este tipo de mensajes en el medio social, siempre y cuando la penalización del discurso del odio se apegue a los parámetros establecidos por el principio de *ultima ratio* del Derecho penal, atendido que la restricción de la libertad en los *delitos de opinión* afecta directamente al derecho fundamental de libertad de expresión.

La contrapartida del efecto silenciador es el llamado efecto desaliento, que hace referencia al desincentivo del ejercicio de los derechos fundamentales que podría ocasionar una criminalización excesiva de conductas cuya realización constituye, precisamente, un ejercicio de los mismos, tal y como sucede en el caso los *delitos de opinión* en relación con la libertad de expresión. Así, el efecto desaliento representaría, de entrada, una vulneración del principio de igualdad material (el mandato a los poderes públicos para que promuevan las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y los grupos en que se integran sea reales y efectivas) del art. 9.2 de la Constitución española (Colomer, 2019: 102) en aquellos supuestos en los que se produjera una sobrecriminalización de conductas contraria al ejercicio de los derechos y libertades públicas. En este sentido, el incremento del rigor punitivo respecto a conductas limítrofes con los

derechos fundamental no tendría otro efecto que la (inconstitucional) disuasión de su ejercicio (Lascurain, 2017: 127).

Obviamente, como sucede en cualquier conflicto entre derechos, la penalización del discurso del odio requiere un proceso de ponderación tendente a establecer los límites de la libertad de expresión en el que deben tomarse en consideración, por una parte, la afección que la expresión de opiniones produce en el colectivo vulnerable y, por otra, la quiebra de la igualdad efectiva eventualmente generada por el mensaje nocivo. En este punto, es importante hacer hincapié en los parámetros de proporcionalidad que justifican la restricción de la libre expresión: esta conexión con el principio de proporcionalidad es lo que Cuerda denomina «función dogmática del efecto desaliento» (Cuerda, 2007: *passim*). La vinculación del efecto desaliento con el principio de proporcionalidad fue puesta de manifiesto por la STC 136/1999, de 20 de julio, que se pronunció sobre la condena de la Mesa Nacional de Herri Batasuna por el delito de colaboración con banda armada y analizó el caso a partir de una integración del efecto desaliento en la propia estructura argumental del principio de proporcionalidad (Cuerda, 2007: 18):

«[...] el hecho de que se expresen ideas, se comunique información o se participe en una campaña electoral de forma ilícita y, por consiguiente, sin la protección de los respectivos derechos constitucionales, no significa que quienes realizan esas actividades no estén materialmente expresando ideas, comunicando información y participando en los asuntos públicos. Precisamente por ello, una reacción penal excesiva frente a este ejercicio ilícito de esas actividades puede producir efectos disuasorios o de desaliento sobre el ejercicio legítimo de los referidos derechos ya que sus titulares, sobre todo si los límites penales están imprecisamente establecidos, pueden no ejercerlos libremente ante el temor de que cualquier extralimitación sea severamente sancionada» (STC 136/1999, FJ 20).

Atendiendo a estas consideraciones, cabe plantear el papel que debe asignarse al efecto desaliento en la criminalización de los *delitos de opinión* —y, más específicamente, en los casos de discurso del odio—. Partiendo de la delimitación conceptual realizada en este trabajo, así como de su conexión con la protección de colectivos vulnerables para garantizar el principio de igualdad material, el juicio de proporcionalidad expuesto por la STC 136/1999 dispondría que solo cuando el discurso pudiera afectar de forma efectiva al grupo, y siempre que se constate la concurrencia de los requisitos expuestos, podría ser asumible desde el prisma de la proporcionalidad la restricción de libertad que supone el castigo del discurso del odio. No obstante, como puso de manifiesto la STEDH *Stern Taulats y Roura Capellera vs. España* (par. 41), este carácter restrictivo ha sido desatendido por los órganos judiciales españoles en casos de instrumentalización del discurso del odio.

Así las cosas, presentada la confrontación entre el efecto silenciador y el efecto desaliento en el tratamiento penal del discurso del odio, cabría considerar su posible complementariedad a partir de una interpretación restrictiva del castigo del discurso del odio. De acuerdo con la argumentación expuesta, si se limita la penalización de la expresión de este tipo de opiniones a los supuestos que efectivamente puedan generar una afectación de los colectivos vulnerables, se evitará el efecto silenciador, pero al mismo tiempo se garantizará

que la limitación de la libertad de expresión sea la mínima necesaria para reducir al máximo las consecuencias nocivas del efecto desaliento respecto al ejercicio del derecho a la libre expresión de ideas.

3. CONSIDERACIONES FINALES

La discusión sobre la libertad de expresión, sus límites y su adaptación a la nueva gramática cultural de la conversación pública de masas representa una constante en el contexto de hiperexposición propio de las redes sociales. En este ámbito, es interesante analizar las restricciones informales a la libertad de expresión derivadas de prácticas como la cultura de la cancelación, fenómeno que se ha revelado efectivo como altavoz para poner de manifiesto la existencia de violencias u opresiones difícilmente perseguibles mediante instancias formales, pero que genera, a su vez, una desprotección palmaria de la persona u organización que son objeto de cancelación debido al riesgo que supone la amplificación de cualquier acusación infundada propagada en las redes sociales de uso masivo. Por eso, aunque resulte sugerente como herramienta para la defensa de las demandas de distintos colectivos, su utilización recurrente podría suponer la creación de un nuevo punitivismo de carácter horizontal.

De igual modo, la protección de la participación en la esfera pública de minorías o colectivos vulnerables puede exigir la restricción de la libre expresión en aquellos supuestos en los que la posición de estos grupos en el medio social resulte minusvalorada por la expresión de opiniones encuadrables en el discurso del odio. Sobre esta cuestión, se ha expuesto la necesidad de atender a esta vulnerabilidad como criterio interpretativo para justificar la limitación del derecho a la libre expresión a través de la penalización del discurso del odio. Pese a su importancia, no parece que esta sea la tendencia imperante en el ordenamiento jurídico español, como muestra la instrumentalización del discurso del odio mediante la extensión de la redacción típica del art. 510 CP y la desnaturalización del concepto cuando se aplica a otros supuestos de *delitos de opinión*. En este punto cabe apreciar el riesgo de que esta sobrecriminalización fomente el pernicioso efecto desaliento en el ejercicio de los derechos fundamentales, pero también el hecho —no menos riesgoso— de que la pérdida de importancia de la vulnerabilidad de determinados colectivos como criterio rector de la aplicación de la legislación que penaliza el discurso del odio extienda el efecto silenciador. En síntesis, este trabajo hemos abogado por una aplicación restrictiva del discurso del odio —únicamente legítima en los casos de protección de minorías y grupos vulnerables— para minimizar los riesgos representados por el efecto desaliento, pero también para no permitir que el discurso del odio despliegue su efecto silenciador sobre los grupos a los que debería proteger.

NOTAS

1. Farah Stockman, Kate Kelly y Jennifer Medina, «Goya y Trump. Cómo comprar frijoles se convirtió en una declaración política», *The New York Times*, 19 de julio de 2020. Disponible en: <<https://www.nytimes.com/es/2020/07/19/espanol/goya-boicot-trump.html>>. [Consulta; 5/09/2020.]

2. Lisa Nakamura es directora del Instituto de Estudios Digitales de la University of Michigan, especializada en el estudio de la intersección entre nuevos medios digitales y cuestiones de raza y género. Opinión manifestada en la pieza de Jonah Engel Bronwich para *The New York Times* «Everyone is cancelled», 28 de junio de 2018. Disponible en: <<https://www.nytimes.com/2018/06/28/style/is-it-canceled.html>>. [Consulta: 5/09/2020.]

3 Resulta ilustrativa la referencia de Rendueles al hecho de que la elección que hiciera Bentham de las cárceles como espacios para ejemplificar el panóptico se debió a que consideraba que en ellas parecía más difícil su aplicación, de modo que, si resultara exitosa, quedaría demostrada su adecuación a otros fines más ambiciosos (Rendueles, 2011: 16).

4. Como ejemplo claro de esta tendencia, puede citarse la denominada Operación Araña, nombre asignado a la investigación de delitos de enaltecimiento del terrorismo a instancias de la Fiscalía de la Audiencia Nacional.

5. En materia de discurso del odio, cabría destacar la importancia de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación racial, de 21 de diciembre de 1965. Su artículo 4 estableció una serie de deberes positivos para que los Estados firmantes tipificaran los comportamientos consistentes en la difusión de ideas basadas en el odio racial susceptibles de ser considerados delictivos. Disponible en: <<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CERD.aspx>>. [Consulta: 6/09/2020.]. Asimismo, como precedente de la Recomendación nº 15, cabe hacer referencia a la definición contenida en la Recomendación (97) 20 del Consejo de Europa sobre el discurso del odio de 30 de octubre de 1997.

6. Recomendación de Política General nº 15 sobre líneas de actuación para combatir el discurso del odio de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI), adoptada el 8 de diciembre de 2015 (trad. Ministerio de Justicia, Asuntos Exteriores y Cooperación) y Memorándum Explicativo (trad. AIM Asociación de Intérpretes de Madrid), Estrasburgo, 21 de marzo de 2016, p. 17. Disponible en: <<https://rm.coe.int/ecri-general-policy-recommendation-n-15-on-combating-hate-speech-adopt/16808b7904>>. [Consulta: 6/09/2020.]

7. Art. 10.1 CEDH: «Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o de comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de fronteras. El presente artículo no impide que los Estados sometan a las empresas de radiodifusión, de cinematografía o de televisión a un régimen de autorización previa».

8. Art. 10.2 CEDH «El ejercicio de estas libertades, que entrañan deberes y responsabilidades, podrá ser sometido a ciertas formalidades, condiciones, restricciones o sanciones, previstas por la ley, que constituyan medidas necesarias, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la integridad territorial o la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, la protección de la reputación o de los derechos ajenos, para impedir la divulgación de informaciones confidenciales o para garantizar la autoridad y la imparcialidad del poder judicial».

9. En este sentido, pueden destacarse otras resoluciones recientes que han recurrido al *test de proporcionalidad*: STEDH *Baldassi y otros vs. Francia*, de 11 de junio de 2020; STEDH *Savva Terentyev vs. Rusia*, de 4 de febrero de 2019. Asimismo, cabe citar tres casos en los que se ha condenado a España por la

vulneración del art. 10 CEDH: SSTEDH *Stern Taulats y otros vs. España*, de 13 de marzo de 2018; *Oregi Mondragón vs. España*, de 15 de marzo de 2011 y *Castells vs. España*, de 23 de abril de 1992.

10. Art. 17 CEDH: «Ninguna de las disposiciones del presente Convenio podrá ser interpretada en el sentido de implicar para un Estado, grupo o individuo, un derecho cualquiera a dedicarse a una actividad o a realizar un acto tendente a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos en el presente Convenio o a limitaciones más amplias de estos derechos o libertades que las previstas en el mismo».

11. Hay pocos casos de aplicación del art. 17 CEDH desconectados de esta casuística. En este sentido, *vid.* STEDH *Ivanov vs. Rusia*, 20 de febrero de 2007, en relación con el discurso antisemita, y STEDH *Norwood vs. Reino Unido*, 16 de noviembre de 2004, en un caso de promoción de la Islamofobia.

12. Sobre esta cuestión, además de la consulta de los comentarios a la reforma y los pertinentes manuales de la Parte Especial donde se expone el contenido del precepto, *vid.* por todos, Alastuey (2016); De Vicente Martínez (2018); Gascón (2016); Gómez (2019); Landa (2018); Portilla (2017); Rodríguez (2017); y Teruel (2015).

13. Para el análisis del art. 510 CP en la redacción dada por la LO 10/1995, *vid.*, por todos, Landa (1999 y 2001); Bernal (2001); Borja (1999); Gómez (2012); y Laurenzo (1996).

14. En relación con el análisis de esta resolución, *vid.*, entre otros, Íñigo (2011); Lascuraín (2010); y Ramos (2009).

15. Art. 510.1 a): «Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

16. Art. 510.1 b): «Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad».

17. Si bien este precepto parte de lo dispuesto por el art. 1.1 b) de la DM 2008, excede en mucho la disposición comunitaria, pues esta solo hace referencia a la «difusión o reparto de escritos». La extensión de los verbos típicos fue llevada a cabo por la legislación española.

18. Art. 510.1 c) CP: «Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos».

19. Art. 510.3 CP: «Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio

de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel se hiciera accesible a un elevado número de personas».

20. Art. 510.4 CP: «Cuando los hechos, a la vista de sus circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado».

21. En relación con el bien jurídico protegido por el art. 510 CP, *vid.*, por todos, Gómez (2019); Landa (1999; 2018); Lorenzo (1996); Portilla (2017); y Garro (2018).

22. Sobre la delimitación entre discurso del odio y/o discurso terrorista, *vid.* Cancio Meliá y Díaz López (2019).

23. Entre otros: «El fascismo sin complejos de Aguirre me hace añorar hasta los GRAPO»; «A Ortega Lara habría que secuestrarle ahora»; «Street Fighter, edición post ETA: Ortega Lara versus Eduardo Madina».

«Franco, Serrano Suñer, Arias Navarro, Fraga, Blas Piñar... Si no les das lo que a Carrero Blanco, la longevidad se pone siempre de su lado»; «Cuántos deberían seguir el vuelo de Carrero Blanco».

24. Art. 490.3 CP: «El que calumniare o injuriare al Rey o Reina a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, a la Reina consorte o al consorte de la Reina, al Regente o a algún miembro de la Regencia, o al Príncipe o Princesa de Asturias, en el ejercicio de sus funciones o con motivo u ocasión de éstas, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años si la calumnia o injuria fueran graves, y con la de multa de seis a doce meses si no lo son». Sobre los delitos contra la Corona, *vid.*, por todos, Llabrés (2015).

25. En este sentido, puede traerse a colación el voto particular a la STC 177/2015 formulado por la magistrada Adela Asua Batarrita: «Calificar la quema del retrato real como una expresión del discurso de odio, como se hace en la actual sentencia, no puede considerarse sino un ejercicio errático en la búsqueda de una cobertura jurídica que se antoja imposible, tratando de justificar de cualquier manera la desestimación del presente recurso de amparo. Equiparar bajo el mismo concepto el discurso antimonárquico —aquí y ahora— con el discurso dirigido a fomentar la discriminación y exclusión social de colectivos secularmente vulnerables, revela una lamentable utilización de conceptos acuñados sobre realidades dramáticas que en modo alguno admiten comparación con los insultos a una institución o a unas personas de tan alta relevancia pública».

BIBLIOGRAFÍA

ALASTUEY DOBÓN, Carmen (2016): «Discurso del odio y negacionismo en la reforma del Código penal de 2015», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 18-14, 1-38.

ALCÁCER GUIRAO, Rafael (2019): «Discurso del odio, protección de minorías y sociedad democrática», *Crítica Penal y Poder*, 18, 19-27.

– (2013): «Libertad de expresión, negación del Holocausto y defensa de la democracia», *Revista Española de Derecho Constitucional*, 97, 309-341.

ANDEREZ BELATEGI, Mikel (2019): «La protección institucional a través del discurso de odio: Problemática general con especial referencia al caso Savva Terentyev c. Rusia», en A. Alonso Rimo (dir.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi, 511-538.

AÑÓN ROIG, María José (2001): «La interculturalidad posible: ciudadanía diferenciada y derechos», en J. De Lucas (dir.) *La multiculturalidad*, Madrid: Cuadernos de Derecho Judicial, 217-270.

BERNAL DEL CASTILLO, Jesús (1998): *La discriminación en el derecho penal*, Granada: Comares.

- BORJA JIMÉNEZ, Emiliano (1999): *Violencia y criminalidad racista en Europa occidental: la respuesta del Derecho penal*, Granada: Comares.
- CANCIO MELIÁ, Manuel y Alberto DÍAZ LÓPEZ (2019): *¿Discurso de odio y/o discurso terrorista? Música, guiños y redes sociales frente al artículo 578 del Código penal*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- CIGÜELA SOLA, Javier (2017): *Exclosos i transparentats. Del panòptic a la pantalla digital*, Valencia: Alfons el Magnànim, Diputació de València.
- COLOMER BEA, David (2019): «La doctrina del efecto desaliento como punto de conexión entre el Derecho penal y los derechos fundamentales», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 41, 1-20.
- CORRECHER MIRA, Jorge (2020): «¿Fin de la broma? El caso Strawberry y el canon constitucional sobre libertad de expresión aplicado al enaltecimiento del terrorismo», *Diario La Ley*, 9600, Sección Doctrina, 24 de marzo de 2020, 1-12.
- (2019): «¿Los delitos de opinión como alteración del orden público? La sobrecriminalización de la libertad de expresión en pro de la seguridad», en A. Alonso Rimo (dir.), *Derecho penal preventivo, orden público y seguridad ciudadana*, Thomson Reuters-Aranzadi: Pamplona, 481-509.
- CUERDA ARNAU, Marisa (2007): «Proporcionalidad penal y libertad de expresión: la función dogmática del efecto de desaliento», *Revista General de Derecho Penal*, 8, pp. 1-43.
- (2019): «Delitos contra la Constitución», en J.L. González Cussac (coord.), *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 739 ss.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario (2018): *El discurso del odio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- FISS, Owen (1996): «El efecto silenciador de la libertad de expresión», *Isonomía*, 4, 17-27.
- (1999): *La ironía de la libertad de expresión*, Barcelona: Gedisa.
- FOUCAULT, Michel (2009): *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*, Madrid: Siglo XXI.
- FUENTES OSORIO, José Luis (2017): «Concepto de odio y sus consecuencias penales», en F. Miró Llinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid: Marcial Pons, 131-154.
- GARRO CARRERA, Enara (2018): «Los discursos del odio en el ordenamiento jurídico alemán: el laberinto dogmático del tipo de incitación a la población del § 130 StGB», en J.-M. Landa Gorostiza y E. Garro Carrera (dirs.), *Delitos de odio: derecho comparado y regulación española*, Valencia: Tirant lo Blanch, 27-78.
- GASCÓN CUENCA, Andrés (2015): «La nueva regulación del discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: la modificación del artículo 510 CP», *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, 32, 1-21.
- (2016): *El discurso del odio en el ordenamiento jurídico español: su adecuación a los estándares internacionales de protección*, Cizur Menor: Thomson Reuters-Aranzadi.
- GERCHUNOFF, Santiago (2019): *Ironía On. Una defensa de la conversación pública de masas*, Madrid: Anagrama.
- GÓMEZ MARTÍN, Víctor (2012): «Discurso del odio y principio del hecho», en S. Mir Puig y M. Corcoy Bidasolo (dirs.), *Protección penal de la libertad de expresión e información. Una interpretación constitucional*. Tirant lo Blanch: Valencia, 89-120.
- (2019): *Delitos de discriminación y discurso de odio punible: nuevo escenario en España tras la LO 1/2015*, Porto: Juruá.
- HAN, Byung-Chul (2013): *La sociedad de la transparencia*, Barcelona: Herder.
- Harcourt, Bernard (2015): *Exposed. Desire and disobedience in the digital age*, Cambridge: Harvard University Press.
- ÍNIGO CORROZA, María Elena (2010): «Caso Librería Europa», en P. Sánchez-Ostiz Gutiérrez (coord.), *Casos que hicieron doctrina en Derecho penal*, Madrid: La Ley, 613-631.
- LANDA GOROSTIZA, Jon-Mirena (1999): *La intervención penal frente a la xenofobia. Problemática general con especial referencia al delito de provocación del artículo 510 del Código penal*, Bilbao: Universidad del País Vasco.

- (2001): *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del derecho penal (A la vez una propuesta interpretativa de la normativa antidiscriminatoria del CP 1995 y un análisis crítico de la incipiente Jurisprudencia)*, Granada: Comares.
- (2018): *Los delitos de odio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, Juan Antonio (2010): «La libertad de expresión tenía un precio (sobre la STC 235/2007, de inconstitucionalidad del delito de negación del genocidio)», *Revista Aranzadi Doctrinal*, 6, 1-9.
- (2017): «Todo a la vez: la limitación de la expresión y la desprotección del honor», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 36, 119-134.
- LAURENZO COPELLO, Patricia (1996): «La discriminación en el Código penal de 1995», *Estudios penales y criminológicos*, 19, 219-288.
- (2018): «Un ejemplo de Derecho penal expansivo: los delitos de odio en la realidad judicial española», *Revista de Derecho Penal*, 26, 243-256.
- (2019): «La manipulación de los delitos de odio», en Portilla Contreras/Velásquez Velásquez (coord.) *Un juez para la democracia. Libro homenaje a Perfecto Andrés Ibáñez*, Madrid: Dykinson, 453-468.
- LIJTMAYER, Lucía (2019): *Ofendidos. Sobre la criminalización de la protesta*, Barcelona: Anagrama.
- LOJERHULD, Joe (2020): «Texto (jurídico) y contexto (cultural)» [en línea] <<https://www.tourlamana.com/4-analisis/texto-juridico-y-contexto-cultural/>>.
- LÓPEZ ORTEGA, Juan José (2018): «Prevenir y evitar: consideraciones en torno a un modelo de intervención penal anticipativa», en C. Juanatey Dorado y N. Sánchez-Moraleda Vilches (dirs.), *Derechos del condenado y necesidad de pena*, Madrid: Thomson Reuters-Aranzadi.
- MIRÓ LLINARES, Fernando (2017): «Derecho penal y 140 caracteres. Hacia una exégesis restrictiva de los delitos de expresión», en F. Miró Llinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid: Marcial Pons, 21-65.
- MIRÓ LLINARES, Fernando y Ana GÓMEZ BELLVÍS (2020): «Freedom of expression in social media and criminalization of hate speech in Spain: Evolution, impact and empirical analysis of normative compliance and self-censorship», *Spanish Journal of Legislative Studies*, 1, 1-42.
- PORTILLA CONTRERAS, Guillermo (2017): «El retorno de la censura y la caza de brujas anarquistas», en F. Miró Llinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid: Marcial Pons, 87-105.
- PRESNO LINERA, Miguel Ángel (2020): «Estado de alarma por Coronavirus y protección jurídica de los grupos vulnerables», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* (número monográfico, «Coronavirus»), 86-87, 54-65.
- RAMOS VÁZQUEZ, José Antonio (2009): «La declaración de inconstitucionalidad del delito de negacionismo (art. 607.2 del Código penal)», *Revista penal*, 23, 120-137.
- RENDUELES, César (2011): «Jeremy Bentham: Sociofobia y utopía», en J. Bentham, *Panóptico*, Madrid: Circulo de Bellas Artes.
- REVENGA SÁNCHEZ, Miguel (2015): *Libertad de expresión y discursos del odio*, Madrid: Defensor del Pueblo.
- RODRÍGUEZ FERRÁNDEZ, Samuel (2017): «Hacia una interpretación restrictiva de la nueva regulación penal de la incitación al odio», en F. Miró Llinares (dir.), *Cometer delitos en 140 caracteres*, Madrid: Marcial Pons, 155-176.
- ROIG TORRES, Margarita (2015): «Los delitos de racismo y discriminación (arts. 510, 510 bis, 511 y 512)», en J.L. González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma penal del Código penal de 2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1249 ss.
- SOTO IVARS, Juan (2017): *Arden las redes. La poscensura y el nuevo mundo virtual*, Madrid: Debate.
- SUSARLA, Anjana (2020): «Hate cancel culture? Blame algorithms», *The Conversation* [en línea] <<https://theconversation.com/hate-cancel-culture-blame-algorithms-129402>>.
- TERUEL LOZANO, Germán (2015): «La libertad de expresión frente a los delitos de negacionismo y de provocación al odio y a la violencia: sombras sin luces en la reforma del Código Penal», *InDret*, 4, 1-51.

- (2017): «El discurso del odio como límite a la libertad de expresión en el marco del Convenio Europeo», *ReDCE*, 27, 1-26.
- VIVES ANTÓN, Tomás (2019): *Pensar la libertad. Últimas reflexiones sobre el Derecho y la Justicia*, Valencia: Tirant lo Blanch.

Fecha de recepción: 13 de septiembre de 2020.

Fecha de aceptación: 30 de octubre de 2020.